

Profili critici sull'applicabilità all'aggiudicazione definitiva di un appalto pubblico del termine di diciotto mesi per l'annullamento in autotutela

Sommario: 1. Introduzione al tema. 2. Analisi della natura giuridica dei provvedimenti annullabili in autotutela. 3. L'annullamento d'ufficio: analisi del dato normativo e problemi di diritto intertemporale. 4. Conclusioni

1. Introduzione al tema

Il bisogno di riflettere sul tema dell'autotutela decisoria (in particolare nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici) malgrado l'autorevolezza degli Autori che hanno già ampiamente trattato l'argomento¹ nasce in occasione della redazione di un articolo di dottrina sulla tutela del terzo rispetto a un'attività edilizia illegittima intrapresa con SCIA².

La Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 19, co. 6-ter, L. n. 241/1990³, ha concluso affermando, tra l'altro, che

*** Avvocato amministrativista.**

Si ringrazia l'Avv. Paola Consolandi per la preziosa collaborazione nell'attività di ricerca e analisi dei testi e della giurisprudenza.

¹ Più recentemente e senza pretesa di completezza: C. Deodato, *Il potere amministrativo di riesame per vizi originari di legittimità* (Intervento al Convegno Introduzione al convegno "L'autotutela amministrativa tra tradizione e innovazione", tenutosi in occasione della consegna del premio A.M. Sandulli 2017 presso la Sala Vanvitelli dell'Avvocatura generale dello Stato, Roma, 6 marzo 2017) pubblicato su www.federalismi.it, n. 7/2017; L. Carbone, *La riforma dell'autotutela come nuovo paradigma dei rapporti tra cittadino e amministrazione pubblica* (Relazione al Convegno "La legge generale sul procedimento amministrativo: attualità e prospettive nei rapporti tra cittadino e p.a.", Roma, Palazzo Spada, 20 marzo 2017), pubblicato sul sito www.giustizia-amministrativa.it; C. Contessa, *L'autotutela amministrativa all'indomani della 'legge Madia'* (estratto dal volume a cura dello stesso Autore, *Studi e lezioni di diritto amministrativo*), La Tribuna, 2018, pubblicato sul sito www.giustizia-amministrativa.it.

² G. Gianni, *La piena tutela dell'interesse sostanziale del terzo davanti al giudice amministrativo nell'attività edilizia soggetta a SCIA*, pubblicato su www.amministrativamente.com, fascicolo n. 1/2019.

³ La norma, nel testo introdotto dall'art. 6, co. 1, D.L. n. 138/2011 (recante "Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo"), convertito, con modificazioni, nella L. n. 148/2011, stabilisce che "La segnalazione certificata di inizio attività, la denuncia e la dichiarazione di inizio attività non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili. Gli interessati possono sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione e, in caso di inerzia, esperire esclusivamente l'azione di cui all'articolo 31, commi 1, 2 e 3 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104".

La questione di legittimità costituzionale dell'art. 19, co. 6-ter, L. n. 214/1990, era stata sollevata dal TAR Toscana Firenze (Sez. III) con ordinanza n. 667/2017, in relazione agli artt. 3, 11, 97, 117, commi 1 e 2, lett. m), Cost. e agli artt. 1 del Protocollo addizionale n. 1 alla CEDU e 6, par. 3 del Trattato UE, in ragione dell'omessa previsione di un termine decadenziale entro il quale il terzo, il cui interesse sostanziale assume leso da un'attività edilizia avviata con SCIA, è legittimato a sollecitare le verifiche da parte dell'Amministrazione una volta che siano decorsi i ristretti termini per l'esercizio officioso dei poteri inibitori.

l'interesse pretensivo del terzo all'esercizio del residuo potere di autotutela si estingue nei diciotto mesi successivi al decorso del termine (di trenta giorni dal ricevimento della segnalazione) per l'adozione degli ordinari provvedimenti inibitori⁴.

Da qui, la necessità di rivedere l'inclinazione dell'autotutela come nuovo paradigma tra Amministrazione e cittadino, o meglio di riposizionarne il fulcro per riequilibrare le forze: potere pubblico e affidamento del privato.

Come anticipato, l'ambito della presente indagine è circoscritto alla materia degli appalti pubblici e all'applicabilità o meno del nuovo modello dell'autotutela "a tempo", disegnato dall'art. 21-*nonies*, co. 1, L. n. 241/1990, così come modificato dall'art. 6, co. 1, lett. d), L. n. 124/2015⁵, all'aggiudicazione definitiva; pertanto il nodo da sciogliere è se l'aggiudicazione definitiva di un appalto pubblico sia riconducibile al concetto elastico di provvedimento attributivo di un vantaggio economico. E ciò non senza considerare che l'esercizio del potere di annullamento in autotutela degli atti di gara (sino, appunto, all'aggiudicazione definitiva quale "*confine estremo della fase pubblicistica*"⁶) sottende pur sempre la cura di un interesse generale poliedrico, il quale potrebbe venir frustrato dalla intervenuta decorrenza del termine di diciotto mesi previsto *ex lege* per il suo legittimo esercizio.

2. *Analisi della natura giuridica dei provvedimenti annullabili in autotutela*

L'evoluzione storica della norma che oggi disciplina presupposti e condizioni di esercizio del potere di ritiro, da parte dell'Amministrazione, di precedenti atti illegittimamente adottati è esposta, sinteticamente ma in maniera esaustiva, nei contributi richiamati in premessa⁷, sicché basta qui ribadire che l'attuale

⁴ Pt. 9 della sentenza della Corte costituzionale n. 45/2019, depositata il 13/03/2019.

⁵ L'art. 6 (rubricato "Autotutela amministrativa") della L. n. 124/2015 (recante "Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche") prevedeva, al co. 1, lett. d), che "*all'articolo 21-*nonies**:"

1) *al comma 1, dopo le parole: «entro un termine ragionevole» sono inserite le seguenti: «, comunque non superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'articolo 20,»;*

2) *dopo il comma 2 è aggiunto il seguente:*

«2-bis. I provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato, possono essere annullati dall'amministrazione anche dopo la scadenza del termine di diciotto mesi di cui al comma 1, fatta salva l'applicazione delle sanzioni penali nonché delle sanzioni previste dal capo VI del testo unico di cui al d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445».

⁶ Così Cass. SS.UU., 28/12/2007, n. 27169.

⁷ C. Deodato, *op. cit.* e L. Carbone, *op.cit.*

formulazione dell'art. 21-*nonies*, L. n. 241/1990 si deve alla cd. Legge Madia⁸, la quale ha introdotto la regola della temporizzazione del potere di annullamento d'ufficio, il cui esercizio è oggi consentito entro il termine massimo di diciotto mesi dall'adozione dell'atto annullabile, con la relativa eccezione per cui *“i provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato, possono essere annullati dall'amministrazione anche dopo la scadenza del termine di diciotto mesi”*.

Se, dunque, non sussistono dubbi in ordine alla possibilità per l'Amministrazione di ritirare in autotutela un provvedimento emanato sulla base di rappresentazioni dei fatti oggettivamente non rispondenti al dato reale e autodichiarazioni inveritiere⁹ nonostante il decorso del termine di diciotto mesi dalla sua adozione, assai più delicato è il tema del giusto peso da attribuirsi alla nuova condizione di esercizio dell'autotutela decisoria rappresentata dalla sua “scadenza”, ovvero se debba *sempre*, anche a fronte dell'aggiudicazione di un appalto pubblico disvelatasi illegittima, riconoscersi all'elemento temporale la natura di presupposto vincolato del legittimo esercizio del potere¹⁰.

⁸ V. nota 5.

⁹ Sull'accezione della falsità predicata dalla disposizione normativa e sulla necessità del suo accertamento in sede giudiziale penale, v. Cons. Stato, IV, 17/10/2018, n. 5947 e 18/07/2018, n. 4374, per cui *“laddove per superare la peculiare efficacia probatoria che è riconosciuta dall'ordinamento alle dichiarazioni sostitutive di certificazione e all'atto di notorietà «è imprescindibile l'accertamento in sede penale» della falsità o mendacia delle stesse – «diversamente la mera falsa rappresentazione, che può limitarsi anche al solo silenzio su circostanze rilevanti o al riferimento solo parziale delle medesime, si impone nella sua oggettività e non richiede alcun accertamento processuale penale (cfr. sul punto e da ultimo Cons. Stato, sez. V, n. 3940 del 2018)»*”. V. anche TAR Abruzzo L'Aquila, I, 30/01/2019, n. 73; TAR Campania Napoli, VII, 10/01/2019, n. 143 e *id.*, VI, 07/01/2019, n. 70.

¹⁰ Così C. Deodato, *op. cit.*, ove si legge: *“Le norme attributive del potere amministrativo, com'è noto, possono essere concepite (secondo tre schemi astratti) in modo da stabilire condizioni di esercizio della funzione interamente vincolate, oppure riferite solo a concetti elastici, ovvero, ancora, mediante la previsione di alcuni presupposti vincolati e altri indeterminati (e, quindi, rimessi a un apprezzamento discrezionale dell'amministrazione).*

L'art. 21-novies va annoverato in quest'ultima categoria: alcuni presupposti sono stabiliti in maniera esatta e vincolata; altri con riferimento a concetti elastici.

Sono cogenti le condizioni afferenti all'illegittimità dell'atto e al termine perentorio di consumazione del potere (che risulta, quindi, vincolato nel quando, in ordine alla rimozione di atti ampliativi), mentre sono rimessi a un apprezzamento discrezionale gli elementi della fattispecie pertinenti all'interesse pubblico alla rimozione dell'atto, alla ragionevolezza del termine (là dove la clausola resta operativa) e alla tutela dell'affidamento ingenerato nel privato.

La legittimità dell'atto di annullamento d'ufficio non resta, quindi, condizionata dal solo rispetto dei canoni cogenti (invalidità dell'atto rimosso e rispetto del termine perentorio di consumazione del potere), ma anche dal corretto esercizio della discrezionalità, quanto alla verifica

La soluzione del quesito passa necessariamente attraverso la corretta perimetrazione dell'ambito oggettivo di applicazione del "nuovo" art. 21-*nonies*, L. n. 241/1990, giacché prima della novella non sussistevano particolari dubbi sul potere della Stazione appaltante di annullare in autotutela l'aggiudicazione definitiva pur dopo la stipula del contratto senza stringenti limiti temporali, considerato anche il disposto dell'art. 1, co. 136, della L. n. 311/2004¹¹ (come, peraltro, riconosciuto dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 14/2014¹²).

La norma da ultimo citata regolava la fattispecie dell'annullamento d'ufficio di "provvedimenti incidenti su rapporti contrattuali...con privati" ma è stata abrogata dalla stessa Legge Madia¹³, per effetto della quale l'ambito di applicazione del "nuovo" potere di annullamento in autotutela è ora limitato ai "provvedimenti di

dei presupposti del potere riferiti a nozioni giuridiche elastiche.

Ora, mentre la verifica del legittimo esercizio del potere, limitatamente alla sua conformità alle condizioni vincolanti, risulta agevole, lo scrutinio del corretto uso della discrezionalità resta più complesso ed esige uno scrutinio di ragionevolezza e di proporzionalità della valutazione compiuta dall'amministrazione".

¹¹ La norma richiamata, collocantesi nella Legge finanziaria per l'anno 2005, è rubricata proprio "Annullamento d'ufficio di provvedimenti amministrativi illegittimi" e stabilisce che "Al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari per le amministrazioni pubbliche, può sempre essere disposto l'annullamento di ufficio di provvedimenti amministrativi illegittimi, anche se l'esecuzione degli stessi sia ancora in corso. L'annullamento di cui al primo periodo di provvedimenti incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali con privati deve tenere indenni i privati stessi dall'eventuale pregiudizio patrimoniale derivante, e comunque non può essere adottato oltre tre anni dall'acquisizione di efficacia del provvedimento, anche se la relativa esecuzione sia perdurante".

¹² L'Adunanza plenaria richiamata ha enunciato il seguente principio di diritto: "Nel procedimento di affidamento di lavori pubblici le pubbliche amministrazioni se, stipulato il contratto di appalto, rinvenivano sopravvenute ragioni di inopportunità della prosecuzione del rapporto negoziale, non possono utilizzare lo strumento pubblicistico della revoca dell'aggiudicazione ma devono esercitare il diritto potestativo (di recesso, ndr) regolato dall'art. 134 del d.lgs. n. 163 del 2006", così confermando l'esigenza rappresentata dalla Sez. V in sede di rimessione (sent. non definitiva n. 5786/2013) di rivedere l'indirizzo prevalente nella giurisprudenza amministrativa sulla legittimità del potere di revoca degli atti amministrativi del procedimento a evidenza pubblica anche dopo che sia stato stipulato il contratto, con conseguente diritto del privato all'indennizzo (pt. 1.2).

Nella sentenza (pt. 3.5.2) viene al contempo chiarito che "Resta perciò impregiudicata, nell'inerenza all'azione della pubblica amministrazione dei poteri di autotutela previsti dalla legge, la possibilità: a) della revoca nella fase procedimentale della scelta del contraente fino alla stipulazione del contratto; b) dell'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione definitiva anche dopo la stipulazione del contratto, ai sensi dell'art. 1, comma 136, della legge n. 311 del 2004, nonché concordemente riconosciuta in giurisprudenza, con la caducazione automatica degli effetti negoziali del contratto per la stretta consequenzialità funzionale tra l'aggiudicazione della gara e la stipulazione dello stesso (Cass. sezioni unite, 8 agosto 2012, n. 14260; Cons. Stato: sez III, 23 maggio 2013, n. 2802; sez. V: 7 settembre 2011, n. 5032; 4 gennaio 2011, n. 11, 9 aprile 2010, n. 1998)".

¹³ Segnatamente, dal co. 2 dell'art. 6, al quale, come già detto (v. nota 5), si deve l'attuale formulazione dell'art. 21-*nonies*, co. 1, L. n. 241/1990.

autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici”, dei quali, tuttavia, manca nell’ordinamento una definizione normativa espressa, sicché non sembra del tutto certa la riconducibilità dell’aggiudicazione definitiva di un appalto pubblico all’interno di tale categoria provvedimentale.

La posizione trova conferma in taluna giurisprudenza orientata nel senso di assoggettare l’aggiudicazione alla disciplina del novellato art. 21-*nonies*, L. n. 241/1990, “*laddove esso si riferisce anche ai provvedimenti attributivi di vantaggi economici, che non possono non ritenersi comprensivi anche dell’affidamento di una pubblica commessa*”¹⁴.

La tesi (piuttosto assertiva) non convince, mentre persuade di più la posizione assunta da altra giurisprudenza a sostegno della tesi opposta (anch’essa, per vero esposta in maniera acritica), per cui “*il ragionevole termine di annullamento e in specie quello di diciotto mesi inserito all’art. 21 – nonies della L. n. 241/1990 dalla L. n. 124/2015 è contemplato dalla norma solo relativamente ai “provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici” e vige “per l’annullamento d’ufficio di atti autorizzatori o attributivi di vantaggi economici” (cfr., Cons. di Stato, Sez. VI, 27.1.2017 n. 341); lo stesso non è applicabile ai provvedimenti di aggiudicazione di gare d’appalto*”¹⁵.

Nella presente riflessione sull’attuale disciplina generale del potere di annullamento d’ufficio in rapporto alla specialità che, al contrario, caratterizza la procedura (con il relativo provvedimento conclusivo) di aggiudicazione di un appalto pubblico, va preliminarmente evidenziato che se, come già detto, l’ordinamento non definisce espressamente quali siano i provvedimenti attributivi di vantaggi economici, ne detta comunque la disciplina sotto taluni aspetti, dalla quale è possibile inferire in via interpretativa gli elementi distintivi di tale *genus* provvedimentale.

Partendo, anzitutto, dal dato letterale, la locuzione utilizzata nella Legge Madia ricalca quella impiegata nella L. n. 241/1990, il cui art. 12 è rubricato proprio “*Provvedimenti attributivi di vantaggi economici*”¹⁶. Nella categoria sono ricomprese le *species* tipizzate della concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi e ausili finanziari e, a valere quale fattispecie aperta, l’attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere.

¹⁴ Così Cons. Stato, Sez. III, 22/03/2017, n. 1310. Cfr., in senso conforme, TAR Lombardia Milano, Sez. I, 02/07/2018, n. 1637; TAR Sardegna Cagliari, Sez. I, 16/01/2019, n. 21

¹⁵ TAR Emilia Romagna Bologna, Sez. II, 21/02/2019, n. 181.

¹⁶ La disposizione citata prevede che “*1. La concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi ed ausili finanziari e l’attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati sono subordinate alla predeterminazione da parte delle amministrazioni procedenti, nelle forme previste dai rispettivi ordinamenti, dei criteri e delle modalità cui le amministrazioni stesse devono attenersi. 2. L’effettiva osservanza dei criteri e delle modalità di cui al comma 1 deve risultare dai singoli provvedimenti relativi agli interventi di cui al medesimo comma 1*”.

L'art. 12, L. n. 241/1990 è richiamato anche dall'art. 26, D.Lgs. n. 33/2013 (recante il "Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni"¹⁷), il quale impone alle Amministrazioni l'obbligo di pubblicare in apposita sezione del proprio sito istituzionale i predetti atti (obbligo addirittura assunto a condizione integrativa dell'efficacia del provvedimento in ragione dell'ammontare dell'importo comunque attribuito al medesimo beneficiario nel corso di un'annualità), a partire dai criteri oggettivi prestabiliti e dalle modalità in concreto osservate per l'attribuzione del vantaggio economico¹⁸.

¹⁷ Su tale normativa ha, poi, inciso il D.Lgs. 25 maggio 2016, n. 97, recante la "Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai sensi dell'articolo 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche".

¹⁸ Si riporta la norma nella sua interezza: "1. *Le pubbliche amministrazioni pubblicano gli atti con i quali sono determinati, ai sensi dell'articolo 12 della legge 7 agosto 1990, n. 241, i criteri e le modalità cui le amministrazioni stesse devono attenersi per la concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi ed ausili finanziari e per l'attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati.*

2. *Le pubbliche amministrazioni pubblicano gli atti di concessione delle sovvenzioni, contributi, sussidi ed ausili finanziari alle imprese, e comunque di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati ai sensi del citato articolo 12 della legge n. 241 del 1990, di importo superiore a mille euro. Ove i soggetti beneficiari siano controllati di diritto o di fatto dalla stessa persona fisica o giuridica ovvero dagli stessi gruppi di persone fisiche o giuridiche, vengono altresì pubblicati i dati consolidati di gruppo.*

3. *La pubblicazione ai sensi del presente articolo costituisce condizione legale di efficacia dei provvedimenti che dispongano concessioni e attribuzioni di importo complessivo superiore a mille euro nel corso dell'anno solare al medesimo beneficiario. La mancata, incompleta o ritardata pubblicazione rilevata d'ufficio dagli organi di controllo è altresì rilevabile dal destinatario della prevista concessione o attribuzione e da chiunque altro abbia interesse, anche ai fini del risarcimento del danno da ritardo da parte dell'amministrazione, ai sensi dell'articolo 30 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104.*

4. *È esclusa la pubblicazione dei dati identificativi delle persone fisiche destinatarie dei provvedimenti di cui al presente articolo, qualora da tali dati sia possibile ricavare informazioni relative allo stato di salute ovvero alla situazione di disagio economico-sociale degli interessati".*

Per completezza espositiva, nonché per maggiore chiarezza, segue il testo del successivo art. 27, D.Lgs. n. 33/2013, rubricato "Obblighi di pubblicazione dell'elenco dei soggetti beneficiari": "1. *La pubblicazione di cui all'articolo 26, comma 2, comprende necessariamente, ai fini del comma 3 del medesimo articolo:*

- a) *il nome dell'impresa o dell'ente e i rispettivi dati fiscali o il nome di altro soggetto beneficiario;*
- b) *l'importo del vantaggio economico corrisposto;*
- c) *la norma o il titolo a base dell'attribuzione;*
- d) *l'ufficio e il funzionario o dirigente responsabile del relativo procedimento amministrativo;*
- e) *la modalità seguita per l'individuazione del beneficiario;*
- f) *il link al progetto selezionato e al curriculum del soggetto incaricato.*

2. *Le informazioni di cui al comma 1 sono riportate, nell'ambito della sezione «Amministrazione trasparente» e secondo modalità di facile consultazione, in formato tabellare aperto che ne*

Non sussistono particolari dubbi – che, comunque, fuoriescono dal perimetro di indagine della presente trattazione – rispetto all’individuazione di sovvenzioni, contributi, sussidi e ausili finanziari¹⁹, i quali, a prescindere dalle sfumature che connotano le une piuttosto che gli altri, si sostanziano tutti nell’erogazione a opera dell’Amministrazione di una somma di denaro a favore di un soggetto privato al di fuori di un rapporto di corrispettività, in esecuzione di norme che prevedono la concessione del beneficio al ricorrere di presupposti e condizioni predeterminate, sia che ciò avvenga sulla base di una fonte normativa, sia in forza di un bando per l’ammissione al beneficio dietro presentazione di apposita domanda.

Entro tale cornice si colloca anche la *species*, indeterminata nel *nomen iuris* ma definita nel contenuto, dei provvedimenti di attribuzione di vantaggi economici, la quale, come già detto, si pone “a chiusura” dell’art. 12, L. n. 241/1990, con l’obiettivo – si ritiene – di assoggettare alla disciplina ivi prevista tutti quei provvedimenti amministrativi che, indipendentemente dalla qualificazione giuridico-formale, sono riconducibili al medesimo schema astratto delineato per sovvenzioni, contributi, sussidi e ausili finanziari. Pertanto è “vantaggio economico” *“qualunque attribuzione che migliora la situazione economica di cui il destinatario dispone senza che vi sia una controprestazione verso il concedente. Ove invece la provvidenza sia caratterizzata dalla compresenza sia pur mediata di una controprestazione, si esula dalla previsione normativa (art. 12, L. n. 241/1990, ndr) che invece si connota per l’assenza di obblighi di restituzione o obbligo di pagamento”*²⁰.

L’accento posto sull’elemento della corrispettività quale indice della natura di controprestazione del vantaggio economico piuttosto che di erogazione,

consente l’esportazione, il trattamento e il riutilizzo ai sensi dell’articolo 7 e devono essere organizzate annualmente in unico elenco per singola amministrazione”.

¹⁹ Al fine di cogliere immediatamente i tratti differenziali tra le succitate categorie, v. Laura De Rentiis, *L’erogazione di contributi, sussidi e/o provvidenze da parte degli Enti Locali in favore di soggetti terzi*, in *Azienditalia*, n. 6/2017, p. 557 ss., ove si appunta che “*i sussidi (...hanno una valenza latamente assistenziale), gli indennizzi (...si fondano su un principio di solidarietà), i premi, i contributi (volti ad incentivare una attività di pubblico interesse) e le sovvenzioni in senso stretto (finalizzate ad agevolare l’esercizio di attività imprenditoriali mediante l’erogazione o di contributi a fondo perduto o di finanziamenti a tasso agevolato)*”. L’A. a sua volta rinvia, per una più dettagliata classificazione, a R. Galli, *Corso di diritto amministrativo*, Cedam, ed. 1996, p. 562 ss.

²⁰ Corte dei Conti, Sez. regionale di controllo per il Veneto, deliberazione n. 206/2016/PAR. Nella stessa sede è stato anche chiarito che “*Le sovvenzioni, i contributi, i sussidi, gli ausili finanziari, le attribuzioni di vantaggi economici consistenti in erogazione di denaro o conferimento di beni, senza obblighi di restituzione o obbligo di pagamento nei confronti della PA, rientrano nel genus dei provvedimenti accrescitivi della sfera giuridica dei destinatari, che, sulla base della normativa vigente (art. 12 della legge 241/1990 e art. 26 del D.lgs 33/2013), sono volti a sostenere un soggetto sia pubblico che privato, accordandogli un vantaggio economico diretto o indiretto mediante l’erogazione di incentivi o agevolazioni”*.

nell'accezione testé attribuita a quelle contemplate all'art. 12, L. n. 241/1990, è dirimente al fine di escludere che il provvedimento di aggiudicazione definitiva di un appalto pubblico possa essere correttamente ascritto alla categoria dei provvedimenti attributivi di vantaggi economici. E ciò in quanto notoriamente l'aggiudicazione “*non equivale ad accettazione dell'offerta*”²¹ e “*diventa efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti*”²², sicché essa non “nasce” perfetta, e dunque, sebbene legittima, è incapace di produrre immediatamente quegli effetti giuridici che l'ordinamento ricollega, invece, al positivo esperimento della successiva fase della verifica dei requisiti in capo all'operatore individuato come aggiudicatario²³, requisiti che, è altrettanto notorio, devono permanere inalterati in capo a tale soggetto per tutta la fase di esecuzione del contratto²⁴, con l'effetto che l'aggiudicazione deve poter rimanere in ogni caso impermeabile al limite temporale di esercizio del potere di annullamento in autotutela.

Durante la fase dell'evidenza pubblica che caratterizza e condiziona l'attività contrattuale dell'Amministrazione in quanto strumentale all'individuazione del soggetto che ne costituirà la controparte, il rapporto tra la Stazione appaltante e il futuro aggiudicatario è governato unicamente da regole di procedura pubblicistiche imposte dalla legge e dalla *lex specialis* a tutela dell'interesse sovraordinato a realizzare, per il tramite della selezione del miglior contraente, la libera concorrenza nel mercato degli appalti pubblici, tant'è che gli atti di ritiro dell'aggiudicazione, i quali incidono a monte su di essa e a valle sul contratto, danno luogo a una forma di autotutela cd. esterna al contratto di appalto e i relativi provvedimenti rientrano nella giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo [art. 133, co. 1, lett. e), cpa]²⁵.

²¹ Art. 32, co. 6, D.Lgs. n. 50/2016, già art. 11, co. 7, D.Lgs. n. 163/2006.

²² Art. 32, co. 7, D.Lgs. n. 50/2016, già art. 11, co. 8, D.Lgs. n. 163/2006.

²³ V., da ultimo, TAR Puglia Lecce, Sez. II, 24/10/2018, n. 1534, e la giurisprudenza ivi richiamata (TAR Toscana Firenze, Sez. I, 04/04/2017, n. 516; Cons. Stato, Sez. V, 17/10/2016, n. 4272 e 25/02/2016, n. 773), dove si afferma che “*L'art. 32 comma 7 del D. Lgs. n. 50/2016 stabilisce che l'aggiudicazione diventa efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti. La verifica del possesso dei requisiti costituisce, dunque, condizione di efficacia, e non di legittimità, dell'aggiudicazione, da ciò derivando che la sua omissione non determina di per sé l'invalidità del provvedimento conclusivo della procedura di gara*”.

²⁴ Valga, in proposito e su tutti, il richiamo all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 20/07/2015, n. 8, la quale ha affermato il principio di continuità nel possesso, in capo all'aggiudicatario, dei requisiti richiesti dalla *lex specialis* di gara, per cui “*nelle gare di appalto per l'aggiudicazione di contratti pubblici i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità*”.

²⁵ Per una sintetica ma esauriente distinzione tra atti inerenti la fase dell'evidenza pubblica e quelli inerenti il momento esecutivo del contratto, con indicazione degli ovvi riflessi in punto di

Pertanto il provvedimento di aggiudicazione definitiva non è un provvedimento a efficacia istantanea in grado di produrre gli effetti tipici (in specie di attribuzione del preteso vantaggio economico rappresentato dall'affidamento dell'appalto) destinati a esaurirsi con la sua adozione, quanto piuttosto un provvedimento che certamente ha natura ampliativa della sfera giuridica del destinatario (in capo al quale sorge una posizione soggettiva avente natura di aspettativa qualificata) ma che resta comunque esposto – e deve restare esposto – allo *ius poenitendi* dell'Amministrazione anche per un tempo considerevole, quantomeno in relazione a evenienze che interessano l'aggiudicazione nel suo momento genetico o a sopravvenienze che possono riguardare tanto l'interesse pubblico quanto i requisiti generali e speciali del contraente privato, anch'essi direttamente correlati alla tutela dell'interesse generale, essenziali per contrarre con l'Amministrazione, e comunque necessari per mantenere valido il titolo che legittima il contratto²⁶.

Da questo punto di vista può dirsi, perciò, che il provvedimento di aggiudicazione non esce mai completamente dalla sfera di signoria dell'Amministrazione e tale circostanza, in uno con il carattere della corrispettività che connota il rapporto negoziale sorto sulla base dell'aggiudicazione – sicché le erogazioni che l'aggiudicatario riceve dalla Stazione appaltante non costituiscono un vantaggio economico, bensì controprestazioni contrattuali –, depone nel senso di ritenere che non emerge, in capo all'aggiudicatario e futuro contraente, quella posizione giuridica suscettibile di tutela negli esatti termini compendiate nell'art. 21-*nonies*, L. n. 241/1990, il quale pare, piuttosto, meglio aderire al modello degli atti ampliativi perfetti e istantanei, i cui effetti si producono quando, con l'adozione del provvedimento, viene meno ogni ulteriore ostacolo all'attribuzione del vantaggio in

giurisdizione, v. R. De Nictolis (a cura di), *Processo amministrativo Formulario commentato*, Wolters Kluwer Italia, IV ed., 2019, p. 135 ss.

²⁶ Ancora R. De Nictolis (a cura di), *op.cit.*, p. 137, dove, sempre in punto di giurisdizione, è precisato come “*Il recepimento delle nuove direttive appalti, 23, 24 e 25 del 2014, ad opera del d.lgs. n. 50/2016 induce a una ulteriore riflessione e ripensamento sull'autotutela della stazione appaltante e sul conseguente riparto di giurisdizione: infatti tali direttive, a differenza delle precedenti, si occupano di alcuni momenti dell'esecuzione del contratto, e individuano casi che qualificano come "risoluzione" unilaterale del contratto da parte dell'amministrazione aggiudicatrice. Le previsioni sono recepite negli artt. 108 e 176 del nuovo codice dei contratti pubblici.*

Al di là del nomen iuris che corrisponde in Italia a un istituto civilistico, si tratta in realtà di una vera e propria autotutela pubblicistica (ancorata a casi di varianti essenziali che comporterebbero una nuova aggiudicazione o a violazioni gravi commesse nella fase di aggiudicazione o al difetto originario dei requisiti da parte dell'aggiudicatario, che avrebbe dovuto determinarne l'esclusione). Secondo il diritto comunitario si tratta peraltro di autotutela esercitabile anche a distanza di molti anni - addirittura dopo una pronuncia della Corte giust. UE, e questo in sede di recepimento ha comportato la necessità di prevedere una espressa deroga ai tempi brevi per l'autotutela pubblicistica come declinati dalla l. n. 241/1990”.

favore del destinatario.

È rispetto a quest'ultima categoria provvedimento (quella degli atti ampliativi a efficacia istantanea) che risponde a ragionevolezza la regola secondo cui nel giudizio comparativo degli interessi confliggenti assume maggiore rilevanza quello del privato alla conservazione e alla stabilità della situazione giuridica determinatasi a seguito dell'emanazione dell'atto, considerato anche che, proprio in ragione della sua efficacia istantanea, gli effetti illegittimi si sono comunque già prodotti²⁷. In altri termini, vanno tenuti distinti l'effetto giuridico, che è istantaneo, e le "conseguenze" dell'atto, le quali ben possono perdurare nel tempo²⁸.

3. L'annullamento d'ufficio: analisi del dato normativo e problemi di diritto intertemporale

L'art. 21-nonies, L. n. 241/1990, prevede testualmente che *"1. Il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-octies, esclusi i casi di cui al medesimo articolo 21-octies, comma 2, può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole, comunque non superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'articolo 20, e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge. Rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo.*

2. È fatta salva la possibilità di convalida del provvedimento annullabile, sussistendone le ragioni di interesse pubblico ed entro un termine ragionevole.

2-bis. I provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato, possono essere annullati dall'amministrazione anche dopo la scadenza del termine di diciotto mesi di cui al comma 1, fatta salva l'applicazione delle sanzioni penali nonché delle sanzioni previste dal capo VI del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445".

²⁷ Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 29/02/2016, n. 816, per cui *"ai fini della comparazione degli interessi, assume rilievo anche il profilo dell'efficacia dell'atto amministrativo, essendo evidente come la efficacia permanente o, comunque, ancora non esauritasi dell'atto (perché, ad esempio, differita o intermittente) esalta l'interesse all'eliminazione dell'atto medesimo (onde evitare il prodursi di ulteriori effetti), laddove l'efficacia istantanea dell'atto (benché da esso derivino "conseguenze" permanenti) – e dunque l'immediato esaurirsi dell'efficacia medesima – richiede una più accurata valutazione della ragionevolezza del termine di esercizio del potere e, dunque, della prevalenza dell'interesse pubblico".*

²⁸ V. anche Cons. Stato, Sez. IV, 06/12/2018, n. 6919.

La disposizione normativa non contiene una disciplina di diritto transitorio, sicché il primo interrogativo che l'analisi del testo solleva è se il precetto trovi applicazione con riferimento ai soli provvedimenti di annullamento in autotutela adottati dopo l'entrata in vigore della cd. Legge Madia (28 agosto 2015)²⁹, senza che possa assumere rilievo il momento di formazione del provvedimento oggetto di riesame, o se, al contrario, possa procedersi all'adozione del provvedimento rimotivo entro il termine decadenziale di diciotto mesi esclusivamente rispetto a un provvedimento illegittimo emesso dopo l'entrata in vigore della novella.

La soluzione, proprio a causa della constatata mancanza di una norma transitoria, è da ricercarsi, anzitutto, nella natura giuridica del provvedimento di autotutela, il quale, secondo la giurisprudenza più attenta, non costituisce un provvedimento autonomo, bensì un atto rientrante nel procedimento aperto dall'atto di primo grado, con conseguente insensibilità alla normativa sopravvenuta³⁰. In virtù del principio del *tempus regit actum*, infatti, il procedimento amministrativo (nel caso specifico per l'affidamento di un appalto pubblico) governato da una normativa in seguito modificata continua a essere disciplinato dal quadro regolatorio vigente al momento del suo esplicarsi (cioè vigente al momento dello svolgimento della procedura di gara), mentre le norme sopravvenute possono regolare soltanto i procedimenti "nuovi" in quanto interamente successivi al loro avvento, a meno che la previsione di un apposito regime transitorio – che, lo si è visto, qui manca – non offra, secondo criteri di opportunità, soluzioni per contemperare diversamente gli effetti della successione delle leggi nel tempo.

In materia di affidamento di un pubblico appalto il potere di riesaminare in autotutela l'aggiudicazione definitiva, sebbene indubbiamente integri un potere tipico e diverso dal potere di scelta del contraente e dell'offerta, origina un procedimento di secondo grado che, per ragioni di natura logica prima ancora che giuridica, è interdipendente con la procedura di gara, nel senso che rimette in discussione l'assetto degli interessi così come originariamente composti, con l'effetto che deve soggiacere unicamente al quadro regolatorio sostanziale esistente al momento dell'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva sul quale interviene; e ciò non senza considerare che le norme sul potere di ritiro dei provvedimenti amministrativi hanno natura sostanziale, inscrivendosi nelle fonti che disciplinano il regime di validità ed efficacia dei provvedimenti, sicché non può farsene un'applicazione retroattiva.

²⁹ La L. 7 agosto 2015, n. 124 è stata pubblicata sulla G.U.R.I. 13 agosto 2015, n. 187, ed è in vigore dal 28 agosto 2015.

³⁰ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 13/07/2017, n. 3462; *id.*, Sez. V, 16/01/2017, n. 250; TAR Lazio Roma, Sez. I *bis*, 02/07/2018, n. 7272; TAR Lombardia Milano, Sez. II, 03/10/2018, n. 2200 e 21/01/2019, n. 118.

4. Conclusioni

L'esegesi del dato normativo per come in questa sede analizzato consente quantomeno di dubitare (se non di escludere) che l'aggiudicazione definitiva di un appalto pubblico, stante la sua peculiare natura, possa annoverarsi tra i "provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici", dovendosene, piuttosto, valorizzare il profilo contenutistico-funzionale rappresentato dalla selezione del contraente e della migliore offerta, rispetto al quale l'aspetto del conseguimento, da parte dell'aggiudicatario, del vantaggio economico correlato all'affidamento dell'appalto non assume valenza diretta e immediata.

Inoltre, sia il "vecchio" Codice (art. 11, co. 9, D.Lgs. n. 163/2006)³¹ che il "nuovo" (art. 32, co. 8, D.Lgs. n. 50/2016)³² mantengono saldo in capo alla Stazione

³¹ Si riporta il testo della norma richiamata: *"Divenuta efficace l'aggiudicazione definitiva, e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti, la stipulazione del contratto di appalto o di concessione ha luogo entro il termine di sessanta giorni, salvo diverso termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire, ovvero l'ipotesi di differimento espressamente concordata con l'aggiudicatario. Se la stipulazione del contratto non avviene nel termine fissato, ovvero il controllo di cui all'articolo 12, comma 3, non avviene nel termine ivi previsto, l'aggiudicatario può, mediante atto notificato alla stazione appaltante, sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto. All'aggiudicatario non spetta alcun indennizzo, salvo il rimborso delle spese contrattuali documentate. Nel caso di lavori, se è intervenuta la consegna dei lavori in via di urgenza e nel caso di servizi e forniture, se si è dato avvio all'esecuzione del contratto in via d'urgenza, l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione dei lavori ordinati dal direttore dei lavori, ivi comprese quelle per opere provvisorie. Nel caso di servizi e forniture, se si è dato avvio all'esecuzione del contratto in via d'urgenza, l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per le prestazioni espletate su ordine del direttore dell'esecuzione. L'esecuzione di urgenza di cui al presente comma non è consentita durante il termine dilatorio di cui al comma 10 e durante il periodo di sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione del contratto previsto dal comma 10-ter, salvo che nelle procedure in cui la normativa vigente non prevede la pubblicazione del bando di gara, ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti comunitari"*.

³² Questo il testo vigente della norma citata, rubricata "Fasi delle procedure di affidamento": *"Divenuta efficace l'aggiudicazione, e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti, la stipulazione del contratto di appalto o di concessione ha luogo entro i successivi sessanta giorni, salvo diverso termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire, ovvero l'ipotesi di differimento espressamente concordata con l'aggiudicatario. Se la stipulazione del contratto non avviene nel termine fissato, l'aggiudicatario può, mediante atto notificato alla stazione appaltante, sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto. All'aggiudicatario non spetta alcun indennizzo, salvo il rimborso delle spese contrattuali documentate. Nel caso di lavori, se è intervenuta la consegna dei lavori in via di urgenza e nel caso di servizi e forniture, se si è dato avvio all'esecuzione del contratto in via d'urgenza, l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione dei lavori ordinati dal direttore dei lavori, ivi comprese quelle per opere provvisorie. Nel caso di servizi e forniture, se si è dato avvio all'esecuzione del contratto in via d'urgenza, l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per le prestazioni espletate su ordine del direttore dell'esecuzione. L'esecuzione d'urgenza di cui al presente comma è ammessa esclusivamente nelle ipotesi di eventi oggettivamente imprevedibili, per ovviare a*

appaltante l'esercizio dei poteri di autotutela, di fatto rinviando, quanto alla disciplina sostanziale, alle disposizioni generali contenute nella legge sul procedimento amministrativo (art. 21-*nonies*, L. n. 241/1990)³³, la quale si pone, sul punto, in un rapporto di genere a specie con il Codice dei contratti pubblici, integrandone la disciplina per quanto non espressamente previsto e nei limiti della compatibilità.

La specialità del Codice dei contratti e la particolare natura del provvedimento di aggiudicazione, il quale non è titolo autorizzatorio né provvedimento autoritativo in grado di costituire unilateralmente in capo al destinatario vantaggi economici, bensì, piuttosto, una determinazione di natura economica con la quale la Stazione appaltante individua la migliore offerta, fanno nutrire più di un dubbio in ordine alla circostanza che la disposizione novellata dell'art. 21-*nonies*, L. n. 241/1990 torni applicabile alle procedure per l'affidamento degli appalti pubblici.

Non può, infine, sottacersi, in aggiunta alle valutazioni già espresse a proposito della questione aperta di diritto intertemporale, che l'eventuale annullamento in autotutela dell'aggiudicazione definitiva, per la qualità di imprescindibile legittimazione del titolo contrattuale che assume, costituisce con essa e con il supposto procedimento di selezione del contraente e dell'offerta un *unicum*, con l'effetto che le norme applicabili al procedimento per il suo riesame sono, in virtù del principio del *tempus regit actum*, quelle vigenti al momento dell'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva.

Giuseppe Gianni

Avvocato amministrativista

Pubblicato il 18 giugno 2019

situazioni di pericolo per persone, animali o cose, ovvero per l'igiene e la salute pubblica, ovvero per il patrimonio storico, artistico, culturale ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti comunitari".

³³ Il testo della norma nella sua interezza è riportato all'inizio del precedente paragrafo.